

**MARIEL MURARO**

**BEM-JURIDICO PENAL**

**CURITIBA**

**2006**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**BEM-JURIDICO PENAL CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito Noturno, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos

Co-orientador: Prof. Fábio da Silva Bozza

**CURITIBA**

**2006**

Dedico este trabalho à sociedade, que proporcionou meus estudos, à minha família e namorado pelo apoio.

Agradeço ao meu co-orientador e amigo, Fábio da Silva Bozza, pela paciência dispensada.

“Ficai alerta, à cintura cingidos com a verdade,  
o corpo vestido com a couraça da justiça”.

(Efésios 6,14).

## SUMÁRIO

<b><u>RESUMO</u></b>	<b>vi</b>
<b><u>1 INTRODUÇÃO</u></b>	<b>1</b>
<b><u>2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO</u></b>	<b>2</b>
2.1 <u>ILUMINISMO</u>	2
2.2 <u>DIREITO SUBJETIVO</u>	2
2.3 <u>BIRNBAUM</u>	4
2.4 <u>POSITIVISMO</u>	4
2.4.1 <u>Binding</u>	5
2.4.2 <u>Liszt</u>	6
2.5 <u>NEOKANTISMO</u>	7
<b><u>03 CONCEPÇÕES MODERNAS DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO</u></b>	<b>8</b>
3.1 <u>TEORIAS SOCIAIS</u>	8
3.2 <u>TEORIAS CONSTITUCIONAIS</u>	11
3.2.1 <u>Em Sentido Amplo</u>	12
3.2.2 <u>Em Sentido Estrito</u>	14
3.2.3 <u>Princípios Constitucionais Penais</u>	15
3.2.3.1 <u>Princípio da legalidade</u>	15
3.2.3.2 <u>Princípio da culpabilidade</u>	19
3.2.3.3 <u>Princípio da intervenção mínima</u>	20
3.2.3.4 <u>Princípio da fragmentariedade</u>	21
3.2.3.5 <u>Princípio da lesividade</u>	22
3.2.3.6 <u>Princípio da humanidade</u>	24
3.3 <u>CONCLUSÃO CRÍTICA DA DOUTRINA</u>	25
<b><u>4 AS FUNÇÕES DO BEM JURÍDICO</u></b>	<b>27</b>
4.1 <u>GARANTIA</u>	27
4.2 <u>INDIVIDUALIZAÇÃO</u>	29
4.3 <u>SISTEMÁTICA</u>	29
4.4 <u>INTERPRETAÇÃO</u>	29
4.5 <u>DOGMÁTICA</u>	29
<b><u>5 CONCLUSÃO</u></b>	<b>31</b>
<b><u>6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u></b>	<b>35</b>

## **RESUMO**

Este trabalho consistiu em uma pesquisa bibliográfica a respeito da evolução histórica do conceito de bem jurídico penal, bem como no estudo das teorias modernas, à social e à constitucional, cujas conseqüências buscou ilustrar-se com a jurisprudência dos tribunais brasileiros. O objetivo do trabalho consistiu no estudo de todas essas teorias, desde o surgimento do conceito, para avaliar qual a mais apropriada, capaz de atingir os objetivos de um Direito Penal democrático, concluindo-se pela adoção da teoria constitucional em sentido amplo.

Palavras-chave: bem jurídico; penal; constitucional.

## 1 INTRODUÇÃO

Os manuais de Direito Penal são unânimes em afirmar que o objetivo, a tarefa do Direito Penal, é a proteção dos bens jurídicos; mas o que são bens jurídicos?

Esse é o objetivo do presente trabalho, após uma evolução histórica, avaliar, dentre as teorias modernas, qual melhor se encaixa para justificar os tipos penais à luz de um Estado de Direito Democrático.

Muitas foram as discussões históricas a esse respeito, perpassando pela proteção do bem jurídico enquanto direito subjetivo depois enquanto interesse do meio social, bem jurídico como a *ratio legis* e até pela negação do bem jurídico.

No momento histórico, após as Guerras Mundiais, é que as teorias modernas começaram a ser formuladas, podendo ser classificadas em teorias sociais e teorias constitucionais.

As teorias sociais tentam justificar a proteção de bens jurídicos extraíndo-os da própria sociedade, como elemento anterior à norma, instrumento pelo qual determinado valor social e/ou cultural é elevado à categoria de bem jurídico.

Já as teorias constitucionais adotam como elemento de extração do bem jurídico, para serem protegidos pela tutela penal, a Norma Fundamental, representada pela Constituição.

Estas se subdividem em teoria constitucional ampla, que acolhe o texto constitucional de forma ampla, avaliando seus princípios e suas regras de uma forma abrangente. Enquanto que a teoria constitucional estrita busca no texto fundamental prescrições exatas do que deve o Direito Penal se ocupar.

Dentre as teorias modernas deve o sistema penal adotar uma que melhor se encaixe aos objetivos do Estado descritos pela norma Constitucional. Portanto, tenta-se estabelecer como modelo ideal um Estado Democrático de Direito encarregado da proteção dos direitos fundamentais do homem.



## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO

Cabe inicialmente apresentar qual a origem do estudo a que se dedica este trabalho. A conceituação de bem jurídico procede a Idade Média, durante a qual a Nobreza era aliada da Igreja, tendo a vida humana seu centro na figura divina.

Foi nesse período que no campo cultural desenvolveu-se o Renascimento, enquanto o campo político foi cenário das Grandes Navegações.

Por conta da grande influência da Igreja Católica no período, o delito era considerado um pecado, um atentado contra Deus, tendo como consequência uma sanção considerada sacrifício, para limpar as impurezas do pecado cometido.

### 2.1 ILUMINISMO

Superada a Idade Média, nasce o movimento Iluminista, durante o qual se desenvolveu a idéia de bem jurídico. Esse movimento, contrariamente ao anterior, colocou o homem como centro de tudo, voltando-se o Estado a atender aos interesses desse homem, acompanhando o direito essa tendência.

Durante o movimento da ilustração, na primeira metade do século XIX, é que o moderno Direito Penal foi concebido e com ele a noção de bem jurídico, como instrumento capaz de frear as punições.

Esse é o momento da racionalidade, fato que tem como consequência localizar o delito na violação do Contrato Social – de Thomas Hobbes – e conceber a pena como medida preventiva<sup>1</sup>. “A tendência da época (secularismo/humanização) era favorecer ou garantir os bens individuais diante do arbítrio judicial e da gravidade das penas”<sup>2</sup>. Dessa forma o delito sai em busca de uma conceituação material.

### 2.2 DIREITO SUBJETIVO

As primeiras tentativas de ilicção sobre o tema recaíram na figura do direito subjetivo, conceituando ilícito como uma violação a este, cuja variação decorria da natureza da pessoa atingida pela violação e da espécie delitiva.

---

<sup>1</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.28.

Foi FEUERBACH quem, nesse período, contribuiu para o Direito Penal, com uma doutrina jurídica privatista, de violação a um direito subjetivo apresentado como núcleo do ilícito penal. Tal concepção decorre da teoria contratualista e se mostra expressão de um pensamento liberal.

Como relembra Luigi FERRAJOLI "... o objeto do delito tinha de ser necessariamente um direito subjetivo natural da pessoa, um dos bens fundamentais para cuja tutela, segundo Locke, nasce o Estado e que são 'a vida [...e] os meios que são necessários para preservá-la, [...] a liberdade, a saúde, a integridade física ou os bens'".<sup>3</sup>

FEUERBACH ainda diferencia direito e moral, como forma de romper com a antiga doutrina, reconhecendo o direito como "força coativa" e como "capacidade jurídica subjetiva" e moral como "o que é justo". Nesse parâmetro a pena é a manifestação da força do Estado que a impõe na medida da garantia do exercício dos direitos do homem<sup>4</sup>.

Nesse contexto, o conceito de delito poderia ser resumido na "conduta que transgredir um direito alheio, proibida pela lei penal, a qual tem por finalidade a proteção dos direitos dos indivíduos e do Estado."<sup>5</sup>

CARRARA, mestre do classicismo italiano, segue nessa trilha: "O delito, como *fato*, tem origem nas paixões humanas, que impelem o homem a lesar os direitos de seus semelhantes, apesar da lei que proíbe fazê-lo"<sup>6</sup>.

Essas concepções demonstram bem a proteção em torno do homem, protegendo-lhe os direitos garantidos pelo pacto social, isto é, o homem no centro do universo, como ser pensante, racional, que admite um contrato para regular sua convivência em sociedade, mas esse contrato só pode ser assegurado se houverem leis positivadas como expressão de certeza e garantia do exercício desses direitos.

---

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Trad. Ana Paula Zomer, *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 374/375.

<sup>4</sup> ANDRADE, M.C. *Apud* PELEARIN, Evandro. **Bem Jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização**. São Paulo: IBCCRIM, 2002. p. 39-40.

<sup>5</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. p.30.

<sup>6</sup> CARRARA, Francesco. **Programa de Direito Criminal – Parte Geral**. Vol. I. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J.R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 55.

## 2.3 BIRNBAUM

Em um momento ulterior, nasce uma concepção diferente de bem jurídico cunhada por BIRNBAUM, decorrente de uma alteração na estrutura do Estado segundo a qual o bem, que deixa de ser um direito subjetivo e passa a ser extraído de um contexto jurídico-penal, deve ser retirado do mundo real, do mundo do ser; esse bem deve ser importante para o homem, bem como deve estar sujeito a lesão através da ação delitiva<sup>7</sup>.

Verifica-se nesse conceito uma confusão de doutrinas, ou seja, Birnbaum passeia pelo direito natural antropológico misturado a um positivismo, decorrente do momento de transição que presenciava<sup>8</sup>.

A contribuição dada pelo autor é de grande importância, pois “... são lançadas as bases para as construções mais precisas” de um conceito de bem jurídico, “... bem como as sementes para a radicalização normativa do conceito, (...) e, com isso, os contributos liberais da limitação do poder punitivo, pois tudo passará a depender da norma.”<sup>9</sup> Nesse sentido, a definição de bem jurídico pode ser entendida como “bem material, pertencente a um particular ou à coletividade, pela sua natureza susceptível de violação, e ao qual o Estado atribui tutela”<sup>10</sup>.

## 2.4 POSITIVISMO

Dessa forma há autores que reconhecem BIRNBAUM como positivista, no entanto, o que predomina na concepção do autor citado acima é um misto de positivismo e direito natural. Pode-se afirmar com certeza que BINDING inaugura essa fase, juntamente com LISZT, momento em que a teoria do bem jurídico é confundida com doutrina desses autores.

O positivismo jurídico, segundo Norberto BOBBIO:

... nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada *ciência* que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na

<sup>7</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. p. 32.

<sup>8</sup> PELEARIN, Evandro. **Bem Jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização**. p. 54.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>10</sup> CUNHA, M. C. F. *Apud, ibid.*, p. 55.

distinção entre *juízos de fato* e *juízos de valor* e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato<sup>11</sup>.

O positivismo, nesse formato, contribuiu com o avanço da teoria do bem jurídico, pois remeteu o conceito à normativização, forjada na visão sistemática do direito penal.

#### 2.4.1 Binding

Já no ano de 1872, BINDING escrevia que o importante é a norma, implicando sua violação num atentado ao direito subjetivo do Estado, que cria essa norma para proteger o bem jurídico. É o legislador quem escolhe o objeto, valor ou interesse e eleva-o à categoria de bem jurídico.

Bem jurídico, segundo ANGIONI “... é tudo o que na opinião do legislador é relevante para a ordem jurídica...” e “A fonte de criação do bem jurídico e de sua norma de tutela se encontra tão-somente limitada ao aspecto lógico-normativo.”<sup>12</sup>

A crítica que se faz ao autor, segundo Jorge Figueiredo DIAS, é a de que esse conceito normativo de bem jurídico “... reduz vigorosamente o conteúdo material de crime, por consequência, retira a importância da investigação pré-jurídica, a conferir ao delito um ‘conceito formal’. Além disso, (...) [segundo Maria da Conceição Ferreira da CUNHA] o conceito ‘abandona qualquer pretensão de legitimação material, de limite à liberdade criminalizadora/descriminalizadora do legislador, qualquer função orientadora e crítica.”<sup>13</sup>

De fato, esse entendimento não estabelece limites ao legislador, nem critérios para eleição de bens jurídicos que devem ser necessariamente protegidos pelo direito penal, deixando os indivíduos submissos ao Estado e, em certos casos, até legalizando abusos do poder punitivo do legislador.

---

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – Lição de Filosofia do Direito**. Trad. e notas Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p.135.

<sup>12</sup> *Apud* PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. p. 33.

<sup>13</sup> *Apud* PELEARIN, Evandro. **Bem Jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização**. p. 65.

### 2.4.2 Liszt

Para LISZT bens jurídicos são “... interesses da vida humana (...) juridicamente protegidos”, são “... interesses humanos, ou do indivíduo ou da colectividade...” que são abstraídos das relações sociais entre os indivíduos e dele com o Estado, mas que só a proteção jurídica os converte em bem jurídicos<sup>14</sup>.

LISZT, portanto, capta os interesses tuteláveis da vida e não da ordem jurídica, desvinculando o juízo axiológico do legislador dessa escolha, ou seja, são dados preexistentes. Quando esses interesses capturados pela norma penal recebem a proteção normativa, elevam-se à categoria de bens jurídicos.

Foi esse autor quem concebeu o delito em sua dimensão material, atribuindo ao bem jurídico sua máxima capacidade de limitação ao poder do Estado-legislador, bem como foi o autor, com seu positivismo naturalista, quem concebeu o Direito Penal como ponto central de todas as demais ciências que se ocupam do estudo do delito.

Para ele essa eleição de interesses deve ser vista pela Política Criminal em conjunto com o Direito Penal, sendo o bem jurídico, portanto, resultado da experiência humana.

No entanto o autor se esqueceu de conceituar o que seria “interesse vital”, núcleo do qual se extrai o bem jurídico, fundado na ilusão de neutralidade do método positivista. E ainda, transferiu “... o conceito de crime para a idéia de estado pessoal, ...” tendo-se que “... a aflição atende particularmente à *prevenção especial*<sup>15</sup>, ou seja, tem por função a terapia sobre o delinquente.”<sup>16</sup>

<sup>14</sup> LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Conselho Editorial, 2006. p. 93/95.

<sup>15</sup> “A execução do programa de *prevenção especial* ocorreria em duas dimensões simultâneas, pelas quais o Estado espera evitar crimes futuros do criminoso: por um lado, a *prevenção especial negativa* de segurança social através da *neutralização* (ou da *inocuidade*) do criminoso, consistente na incapacitação do preso para praticar novos crimes contra a coletividade social durante a execução da pena por outro lado, a *prevenção especial positiva* de *correção* (ou de *ressocialização*, ou de *reeducação* etc.) do criminoso, realizada pelo trabalho de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e outros funcionários da ortopedia moral do estabelecimento penitenciário, durante a execução da pena – segundo outra formula antiga: *punir, ne peccetur*.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial**. Rio de Janeiro: ICPC Lumen Juris, 2005. p.7).

<sup>16</sup> PELEARIN, Evandro. **Bem Jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização**. p. 61.

## 2.5 NEOKANTISMO

No início do século XX a Europa teve um elevado crescimento econômico e acumulou grande capital, fato que acabou por diminuir o interesse na pesquisa da sociologia criminal. Essa situação encaminhou a concepção de bem jurídico ao esvaziamento, à nebulosidade dos limites do direito penal.

Emergindo dessa obscura fase, sob influência da filosofia neokantiana, surge uma visão teleológica de bem jurídico.

O bem jurídico, nessa fase, segundo JESCHECK “... no debe equipararse sin más con la ratio legis, sino que ha de poseer un contenido de sentido real propio, anterior a la norma penal y concluyente en sí mismo, (...) el bien jurídico ha de entenderse como un **valor abstracto y jurídicamente protegido del orden social...**”<sup>17</sup>. Portanto, o bem jurídico aqui é visto como um valor cultural vinculado à *ratio legis*, isto é, procura-se o real sentido da norma na qual reside o bem jurídico.

Outro autor que concebeu o bem jurídico a partir de uma visão neokantista foi HONIG, estabelecendo que ele é “o **fim reconhecido pelo legislador nos preceitos penais individuais** [grifo do autor] em sua fórmula mais sucinta”<sup>18</sup>.

No entanto, percebe-se que aqui o bem jurídico reduz-se a um simples critério interpretativo, não podendo atender a sua principal função, qual seja a de limite ao poder de legislar, transformando-se em um nada jurídico.

---

<sup>17</sup> Tradução livre: “... não deve se equiparar se não com a ratio legis, sendo que há de possuir um conteúdo de sentido real próprio, anterior à norma penal e concebido em si mesmo, (...) o bem jurídico há de se entender como um valor abstrato e juridicamente protegido da ordem social...” (JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4ª ed. Granada: Comares, 1993.p.232).

<sup>18</sup> *Apud* BUSATO, Paulo Cesar. HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 55.

### 03 CONCEPÇÕES MODERNAS DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO

Esse esvaziamento da concepção do bem jurídico perdurou até o fim da Segunda Guerra Mundial, momento que deu lugar às teorias liberais e democráticas.

Verifica-se que o Direito Penal nesse momento volta-se à concepção garantista, bem como há um retorno ao direito natural, que buscou libertar o homem do horror da guerra. Houve inúmeras tentativas de conceber um conceito material de bem jurídico.

#### 3.1 TEORIAS SOCIAIS

Muitos são os autores que se filiam à concepção sociológica de bem jurídico, dentre eles os mais lembrados são Knut AMELUNG e Winfried HASSEMER, mas podemos citar ainda Günther JAKOBS, Aníbal BRUNO, Hans-Heinrich JESCHECK, Alessandro BARATTA e Hans WELZEL, dentre outros.

Quem é filiado dessa corrente defende que os bens jurídicos são retirados da vida, portanto ditos vitais ou culturais, e, dessa forma, devem ser tutelados pelo direito. Significa dizer que eles são anteriores à norma protetiva, são, antes de tudo, bens<sup>19</sup>.

Na avaliação de FIANDACA, AMELUNG pregava a incapacidade do conceito de bem jurídico para cumprir sua função de limite ao poder estatal de legislar. Entendia ser necessário destruir o que já se havia proposto e, com o auxílio da teoria sociológica, concebia a teoria da danosidade social. Buscou na doutrina dos sistemas sociais – elaboradas por Talcott Parsons e Luhmann – determinações conceituais, definindo como “... ‘danoso socialmente’ é um ‘fenômeno disfuncional, que impede ou interpõe obstáculos a que o sistema social resolva os problemas de sua conservação’.”<sup>20</sup>

Para ele crime era uma disfunção social, que viola a regra concebida para proporcionar a convivência em sociedade, e a pena serve para reafirmar a “...

<sup>19</sup> BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. p.60.

<sup>20</sup> *Apud* FIANDACA, Giovanni. O bem Jurídico como problema teórico e como critério de política criminal. Trad. Heloisa Estellita Salomão. **Revista dos Tribunais**, vol. 776, ano 89, p. 409-439, 2000. p. 423.

confiança na funcionalidade do sistema...”. Já o Direito Penal teria como função o controle social realizado com a criminalização de disfunções, apto, portanto, a manter a sobrevivência do sistema social<sup>21</sup>.

O mérito do autor reside em perceber que as teorias do bem jurídico carecem de uma base social. A crítica corresponde ao fato de que não pode a doutrina da danosidade social indicar exatamente quais condutas devem ser criminalizadas, ela não fornece critérios para essa escolha. Outra crítica dirigida ao autor é a de que ele submete o homem ao sistema fazendo, dessa forma, a manutenção da classe dominante<sup>22</sup>.

Do contrário, HASSEMER buscou re-elaborar a teoria do bem jurídico partindo da observação que para determinado bem ser protegido no seio de uma sociedade com o instrumento mais severo do direito – o Direito Penal – depende da valoração que tal sociedade faz de determinado objeto lesado. Essa valoração decorre da conjugação de três fatores: a freqüência de lesão a esse objeto; a intensidade da necessidade de preservar esse objeto; e a intensidade de ameaça ao objeto. Dessa forma, teria o legislador que observar à correspondência sociológica de valoração desse objeto, no entanto, não ficaria este adstrito a essa ressonância, cabendo à política criminal, em caso de uma irracional tendência criminalizadora, conformar a vontade social com a norma penal<sup>23</sup>.

A objeção movida contra o autor diz respeito à confusão que ele faz com a função das disciplinas que estudam o delito, entre elas o Direito Penal, a Política Criminal e a Sociologia Criminal. Bem como, não demonstrou o autor como se relacionam esses fatores de valoração de condutas. AMELUNG também dirige uma crítica severa a HASSEMER, afirmando que sua teoria apenas esclarece quando as ofensas ao objeto relevante são incriminadas, não possuindo o conceito critério para elevação de determinado objeto à categoria de bem jurídico<sup>24</sup>.

JAKOBS defende que a norma, o tipo que protege um “clima”<sup>25</sup>, está para a proteção da paz social, enquanto Aníbal BRUNO diz que o fim do Direito Penal é “...

<sup>21</sup> PELEARIN, Evandro. **Bem Jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização**. p. 111.

<sup>22</sup> FIANDACA, Giovani. O bem Jurídico como problema teórico e como critério de política criminal. p. 425.

<sup>23</sup> *Apud, ibid.*, p. 425.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 426-427.

<sup>25</sup> O tradutor do livro explica o que significa clima: “A palavra utilizada significa ambiente, conjunto de condições de qualquer gênero que caracterizam uma situação ou consequência, ou de



a defesa da sociedade...”. Mas o segundo autor vai além, conceituando bem jurídico como “... interesses fundamentais do indivíduo ou da sociedade, que, pelo seu valor social, a consciência comum do grupo ou das camadas sociais nele dominantes elevam à categoria de bens jurídicos, julgando-os merecedores da tutela do Direito, ou, em particular, da tutela mais severa do Direito Penal.”<sup>26</sup>

Observamos ainda na doutrina de JESCHECK traços da teoria social quando afirma que a finalidade do Direito Penal é a proteção da “... convivência humana em comunidade...” e que as normas de Direito Penal enunciam “... juízos de valor positivos sobre bens vitais, (...) indispensáveis à convivência humana em comunidade...”, por essa razão são protegidos “... pelo poder coativo do Estado através da pena...”<sup>27</sup>.

BARATTA\*, também baseado numa perspectiva social, estuda conceitos formulados por Denninger – o “Estado de prevenção”, “Estado de segurança” e “Sociedade de risco” – relacionando-os para conceber uma fonte aos bens jurídicos. “Estado de segurança” seria onde há certeza do direito, nele protegidos os bens jurídicos, sendo, portanto, um “Estado de prevenção”. “‘Estado de segurança’ seria, ademais, o resultado da transformação da estrutura política adequada sobre as características de uma sociedade que, num ritmo cada vez mais acelerado, conduz a situações de risco. Nesse sentido, O ‘Estado de segurança’ seria a forma política que assume a ‘sociedade de risco’”<sup>28</sup>. A “Sociedade de risco” assim, desencadeia o fenômeno da “Dinamização dos bens jurídicos” que possui dois significados:

O primeiro se refere a um deslocamento na relação Estado-sociedade com relação à produção e a proteção dos bens jurídicos. Basta lembrar que no modelo do Estado liberal clássico, o ‘Estado de certeza do direito’ e os substratos reais dos bens jurídicos são produzidos na sociedade civil e estão pré-constituídos nas relações das funções públicas. No ‘Estado da Prevenção’ os bens jurídicos a serem protegidos são, cada vez mais, ‘bens’ produzidos pelo Estado, no que se refere às infraestruturas, complexos organizativos e funções relacionadas à atividade do Estado e das instituições públicas.  
(...)

---

circunstâncias que cercam uma pessoa.” (JACOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. Colab. Lucia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 138).

<sup>26</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte Geral – Introdução – Norma Penal – Fato Punível**. Tomo 1º. Forense Ed. Rio de Janeiro, 1967. p. 14/16.

<sup>27</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. p. 6.

\* A classificação do autor nas teorias sociais é estabelecida pela autora do presente trabalho com base nos elementos que seu texto trás, mas a doutrina não o classifica.

<sup>28</sup> BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Trad. Ana Lúcia Sabadell. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, RT, nº 5, p. 5-24, 1994. p. 13.

Em segundo lugar, a transformação dos sistemas penais, indicado pelo termo 'dinamização dos bens jurídicos' se relaciona com o desenvolvimento de técnicas de imputação de responsabilidade penal que antecipam a esfera da punibilidade a esferas anteriores da conduta e nas quais ainda não se realizou uma efetiva lesão do bem tutelado.<sup>29</sup>

Há ainda o autor alemão Hans WELZEL que concebe o bem jurídico como valor cultural. Nas palavras do autor: "Bien jurídico es un bien vital de la sociedad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente. (...) Luego, bien jurídico es todo estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones."<sup>30</sup>

Muitos autores poderiam ainda ser aqui citados, contudo, resta concluir que nenhuma teoria social foi capaz de formular um conceito material de bem jurídico eficiente para explicar porque determinada conduta é criminalizada ou não, e ainda, elucidar de que forma é feita a eleição de condutas delitivas, isto é, qual o método utilizado para extrair esses bens da sociedade.

### 3.2 TEORIAS CONSTITUCIONAIS

Por volta dos anos setenta emergem posições doutrinárias com o fim de construir um conceito material de bem jurídico baseadas em critérios realmente capazes de nortear o trabalho do legislador penal. A religião, a moral, a sociologia ou a filosofia não podiam mais dirigir a norma porque foram propostas e rechaçadas, bem como são variáveis entre as sociedades. Procurava-se um instrumento, uma fonte jurídica trans-sistemática, legitimamente superior à lei ordinária, requisitos que só a Norma Fundamental alcança, para funcionar como fonte de eleição dos bens jurídicos<sup>31</sup>.

Dessa forma as teorias constitucionais, largamente acolhidas pela doutrina italiana, concebem a origem do bem jurídico na Constituição. Elas podem ser

<sup>29</sup> BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. p. 13-14.

<sup>30</sup> Tradução livre: "Bem jurídico é um bem vital da comunidade e do individuo, que por sua significância social é protegido juridicamente. (...) Logo, bem jurídico é todo estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões." (WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman: Parte Geral**. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 11ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987. p. 15).

<sup>31</sup> FIANDACA, Giovanni. O bem Jurídico como problema teórico e como critério de política criminal. p. 412.

classificadas em teorias de caráter geral e de caráter estrito, diferenciando-se de acordo com a vinculação da norma constitucional.

### 3.2.1 Em Sentido Amplo

As teorias de sentido amplo adotam a Constituição genericamente, norteando-se por suas diretrizes gerais, tais como Estado Democrático de Direito, suas implicações e os princípios em que está fundada.

Dentre os autores filiados a essa corrente podemos citar ROXIN, que não parte em busca de forma explícita de um conceito de bem jurídico, mas o abstrai observando a função da tutela do Direito Penal<sup>32</sup>. Partindo de um conceito de Estado – cuja função é garantir as condições de existência da sociedade – que legitima o Direito Penal à assegurar as necessidades vitais de coexistência, chamadas bens jurídicos, concluiu o autor que “O direito penal é de natureza subsidiária. Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada.” e que “... o legislador não possui competência para, em absoluto, castigar pela sua imoralidade condutas não lesivas de bens jurídicos.”<sup>33</sup>

RUDOLPHI, nesse caminho, entende que o conceito de bem jurídico deve ser extraído de um texto jurídico positivo e imperativo, dando ao legislador um critério material obrigatório. Esse texto jurídico só pode ser a Constituição, porque é a lei fundamental que institui um Estado de Direito. E conclui afirmando que “... sólo pueden ser objeto de lãs amenazas penales aquellos comportamientos que lesionan o ponen en peligro los presupuestos de uma vida social próspera, apoyada en la libertad y responsabilidad del individuo.”<sup>34</sup> Dessa forma, fora encontrado um ponto de vista valorativo, mas não o conceito de bem jurídico. Na continuação dos seus

<sup>32</sup> FIANDACA, Giovanni. O bem Jurídico como problema teórico e como critério de política criminal. p. 413.

<sup>33</sup> ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Ana Isabel Figueiredo e Maria Fernanda Palma. 3. ed. Lisboa: Vega Universidade, 1998.p. 27/29.

<sup>34</sup> Tradução livre: “só podem ser objeto de ameaça penal aqueles comportamentos que lesionam ou coloquem em perigo os pressupostos de uma vida próspera apoiada na liberdade e responsabilidade do individuo.” (RUDOLPHI, H.J. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. **Nuevo Pensamiento Penal Revista de Derecho y Ciencias Penales**. Trad. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires, ano 4, n.º 5 a 8, p.329-347, 1975. p. 341).

estudos, o autor, criticando Jäger e Roxin, concebe o bem jurídico como “... unidades funcionais valiosas para nuestra sociedad regida constitucionalmente, y por lo tanto, también para la posición y la libertad de los ciudadanos individualmente considerados.”<sup>35</sup>

Michael MARX e OTTO, convergindo com a proposta de RUDOLPHI, entendem, MARX que bens jurídicos são “... ‘objetos dos quais o homem tem necessidade para a própria livre auto-realização’.”<sup>36</sup>, enquanto para OTTO bem jurídico é “... ‘uma relação real da pessoa com um valor concreto reconhecido pela comunidade jurídica – ‘unidade social de função’ – na qual o sujeito de direito se desenvolve pessoalmente com aprovação do ordenamento’.”<sup>37</sup>

Aqui também FIANDACA aborda o tema do bem jurídico numa perspectiva constitucional ampla, afirmando que é necessário “... reconhecer que este tipo de abordagem não pode deixar de olhar para o conjunto dos princípios constitucionais que delineiam os traços típicos do nosso ordenamento dos princípios clássicos com fundo ‘garantístico’, àqueles inspirados numa perspectiva ‘solidarística’, cujo concurso serve para caracterizar o nosso Estado como Estado Social de Direito.”<sup>38</sup>

Ainda, o jurista português Figueiredo DIAS, quando aborda a questão dos princípios de política criminal, fala do “princípio da congruência” ou da “... analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos...” afirmando que esse princípio, apesar de não expresso nos textos constitucionais, deveria ser visto como intrínseco à norma fundamental, “... onde valha a cláusula da estadualidade de direito social.”<sup>39</sup>

Dessa forma essas teorias abstraem dos princípios e normas fundamentais constitucionais quais são os bens jurídicos que merecem a proteção penal, admitindo uma fonte formal e segura para o legislador, atingindo o principal objetivo do conceito, qual seja, limitar o poder do legislador ordinário.

<sup>35</sup> Tradução livre: “... unidades funcionais valiosas para a nossa sociedade regida constitucionalmente, e por tanto, também para a posição e liberdade dos cidadãos individualmente considerados.” (RUDOLPHI, H.J. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. p. 344).

<sup>36</sup> *Apud* FIANDACA, Giovanni. O bem Jurídico como problema teórico e como critério de política criminal. p. 414.

<sup>37</sup> *Apud, id.*

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 421.

<sup>39</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Português Parte Geral – II As consequências jurídicas do crime.** \_\_\_\_\_: Coimbra, 2005. p.72.

### 3.2.2 Em Sentido Estrito

As teorias constitucionais em sentido estrito observam a norma fundamental num panorama delimitado, determinando ao legislador somente criminalizar condutas cuja violação reflete-se sobre valores constitucionais, expressos ou implícitos.

Segundo FIANDACA, o autor italiano BRICOLA, adepto dessa corrente, tenta "... elevar a Constituição a fundamento próprio do Direito Penal." observando no texto magno as regras penais específicas e fazendo uma releitura de tais fundamentos. Elege como critério seletivo de criminalização a liberdade pessoal, afirmando que somente pode ser aplicada a sanção penal quando ocorrer a violação de um bem, cujo grau de importância seja comparado ao grau de importância do bem liberdade pessoal, e ainda que tenha esta relevância constitucional. O *quantum* de pena previsto para essa violação seria balizado pela relevância do bem dentro da ordem constitucional<sup>40</sup>.

FIANDACA faz inúmeras críticas à concepção do autor, pois, quando BRICOLA elege o artigo 13 da Constituição Italiana, elege a tutela da liberdade pessoal no âmbito administrativo e não a tutela da liberdade dos cidadãos, presente em outro artigo do Código Rocco; afirma que a pena não sacrifica somente a liberdade pessoal, mas atinge também a dignidade social; afirma ainda que reduzir a incidência constitucional sobre o Direito Penal a apenas uma regra é inviável, deve-se observar a ordem principiológica. Outra crítica é a de que se somente podem ser eleitas normas constitucionais, os bens constitucionais previstos de forma implícita não poderiam submeter-se à proteção penal, do que também se infere que se emergissem novos bens do contexto social, estes não poderiam ser protegidos pelo Direito Penal. Por fim, a última crítica apresentada é a respeito da dificuldade de "... hierarquização sistemática dos bens constitucionalmente relevantes."<sup>41</sup>

FIANDACA faz referência ainda à concepção de MUSCO, que fala na busca do princípio constitucional, cuja importância é específica ao Direito Penal, a partir do qual possam ser deduzidas as condutas ilícitas, bem como os limites da intervenção

---

<sup>40</sup> *Apud* FIANDACA, Giovanni. O bem Jurídico como problema teórico e como critério de política criminal. p. 415.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 416/420.

do legislador nesse âmbito. Enuncia assim o princípio da pena como reeducação, ao qual o legislador ordinário está vinculado, cuja consequência é a tutela penal somente das “... ‘formas mínimas da vida em comum’.” A crítica de FIANDACA é única, no sentido de que a reeducação não pode pressupor valores constitucionais e ao mesmo tempo servir como critério para inferir-se bens jurídicos<sup>42</sup>.

Constata-se, portanto, que essa teoria é muito restritiva, ela deixaria de observar valores que merecem a proteção penal mas que estão implícitos no texto constitucional. O fato de seqüestrar normas constitucionais específicas, como o patrimônio, v.g., caracterizaria-se num excesso Penal, ou deixando de protegê-lo se não observado, ou protegendo-o em todas as suas formas de violação, que, no entanto, podem ser protegidas por outros ramos do Direito.

### 3.2.3 Princípios Constitucionais Penais

Apontada, portanto, a Constituição como fonte e limite à criminalização ordinária, resta capturar do texto magno o que deve ou não merecer a proteção penal, podendo esse estudo, portanto, iniciar pelas vigas mestras, quais sejam, os princípios constitucionais penais. “Esses princípios que se encontram (...) albergados, de forma explícita ou implícita, no texto constitucional, formam por assim dizer o *núcleo* gravitacional, o *ser* constitutivo do Direito Penal. Princípio e fim.”<sup>43</sup>

#### 3.2.3.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, também conhecido com princípio da reserva legal, é enunciado pela fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege*<sup>\*\*</sup> e está previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil e no artigo 1º, do Código Penal Brasileiro, com a seguinte redação, respectivamente:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

<sup>42</sup> *Apud* FIANDACA, Giovanni. O bem Jurídico como problema teórico e como critério de política criminal. p. 420/421.

<sup>43</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. p. 66.

<sup>\*\*</sup> A expressão latina cunhada pelo jurista alemão Feuerbach, no começo do século XIX.

(...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (CF).

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (CP).

Nas palavras do professor Nilo BATISTA, "... o princípio da legalidade constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo."<sup>44</sup> Esse princípio determina, não só a delimitação do poder do legislador de interferir na esfera de liberdades individuais, como garante a previsibilidade de determinada conduta tornar-se tipo penal e com isso promove a segurança jurídica. Ele se divide em quatro sub-princípios:

a) *Lex praevia*

Enuncia que a lei que tipifica uma conduta como delitiva e atribui a ela uma pena deve ser anterior à prática do fato, ou seja, a lei criminalizadora não retroage<sup>45</sup>. Nesse sentido o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

PENAL. TRAFICO ILICITO DE SUBSTANCIA ENTORPECENTE. LEI 6368/76, ARTIGO 36. NORMA PENAL EM BRANCO. PORTARIA DO DIMED, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE, CONTENEDORA DA LISTA DE SUBSTANCIAS PROSCRITAS. LANCA-PERFUME: CLORETO DE ETILA. I. O paciente foi preso no dia 01.03.84, por ter vendido lanca-perfume, configurando o fato o delito de trafico de substancia entorpecente, ja que o cloreto de etila estava incluído na lista do DIMED, pela Portaria de 27.01.1983. Sua exclusão, entretanto, da lista, com a Portaria de 04.04.84, configurando-se a hipótese do "abolitio criminis". A Portaria 02/85, de 13.03.85, novamente inclui o cloreto de etila na lista. **Impossibilidade, todavia, da retroatividade desta.** II. Adoção de posição mais favorável ao réu. III. H.C. deferido, em parte, para o fim de anular a condenação por trafico de substancia entorpecente, examinando-se, entretanto, no Juízo de 1. grau, a viabilidade de renovação do procedimento pela eventual pratica de contrabando.<sup>46</sup> (grifo nosso).

Ou seja, verifica-se que, mesmo por ter sido uma falha do DIMED o fato de não ter relacionado na lista de produtos entorpecentes o cloreto de etila, por mero

<sup>44</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2004. p. 65.

<sup>45</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 23-25.

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 68904-SP. Relator(a): Min. Carlos Velloso. Julgamento: 17/12/1991. Publicação: DJ 03-04-1992 PP-04290 EMENT VOL-01656-02 PP-00202 RTJ VOL-00139-01 PP-00216.

esquecimento, não pode ser punido o agente que nesse período utilizou-se dessa substância, em estrita observância da validade do princípio enunciado.

b) *Lex scripta*

Esse princípio concebe que somente a lei escrita – promulgada conforme a previsão constitucional – tem poder para definir um fato como típico<sup>47</sup>. Assim, a título ilustrativo, julgado do STF afirmando esse posicionamento:

ESTELIONATO - CHEQUE SEM FUNDOS - ASSINATURA SEM PREENCHIMENTO DO VALOR - DOLO INEXISTENTE. Restando esclarecido que o cheque foi assinado sem o preenchimento do espaço reservado ao valor, descabe cogitar do tipo penal, que pressupõe o dolo do agente, ou seja, a utilização de artifício ou qualquer meio fraudulento com o fim de induzir ou manter a vítima em erro. Isto não ocorre quando terceiro preenche cheque assinado e que lhe foi entregue pelo titular da conta, embora o fazendo para liquidação de débito de pessoa jurídica da qual este último é sócio. **A necessidade, por todos admitida, de moralizar-se o instituto do cheque não é de molde a criação de nova figura penal - o estelionato culposos. A responsabilidade do emitente resolve-se no campo civil, porquanto não há crime sem lei que o defina,** valendo notar que, especialmente em Direito, o meio justifica o fim, mas não este aquele.<sup>48</sup> (grifo nosso).

De forma que em não havendo previsão legal do tipo culposos, não pode o agente ser punido pelo Direito Penal, devendo a esfera de responsabilização permanecer no Direito Civil.

c) *Lex stricta*

Esse princípio proíbe o emprego da analogia para fundamentar ou agravar a pena<sup>49</sup>, nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PROVISÓRIA. CONTAGEM PARA EFEITO DA PRESCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. O tempo de prisão provisória não pode ser computado para efeito da prescrição, mas tão-somente para o cálculo de liquidação da Pena. **O artigo 113 do Código Penal, por não comportar interpretação extensiva nem analógica,**

<sup>47</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. p. 25-26.

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 69409/RJ. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 30/06/1992. Publicação: DJ 21-08-1992 PP-12785 EMENT VOL-01671-03 PP-00416 RTJ VOL-00142-01 PP-00265.

<sup>49</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p. 26-29.



**restringe-se aos casos de evasão e de revogação do livramento condicional.** Recurso ordinário em HC a que se nega provimento.<sup>50</sup> (grifo nosso).

O Direito Penal, nesse sentido, proíbe o emprego da analogia *in malam partem*, podendo o recurso ser empregado somente no sentido contrário, em benefício do réu.

d) *Lex certa*

Por fim, este diz respeito à redação da norma penal, que deve ser clara e específica, devendo evitar-se o emprego de textos gerais, ambíguos ou vazios<sup>51</sup>. No entanto, evidente que nem sempre o legislador se atenta para essa exigência, podendo ser exemplificada essa desídia com o art. 4º da Lei 7.492/86, dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional:

Art. 4º. Gerir fraudulentamente instituição financeira:  
Pena – Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.  
Parágrafo único. Se a gestão é temerária:  
Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

As ditas leis penais em branco também violam tal dispositivo constitucional-penal, v.g. julgado do STF:

**I. Lei penal em branco: aplicabilidade subordinada à vigência da lei extrapenal a que remete o tipo, do que resulta a atipicidade da conduta que lhe seja anterior. II. Supremo Tribunal Federal: sendo a guarda da Constituição sua função precípua, incumbe-lhe conhecer da inconstitucionalidade de lei suscitada na discussão de qualquer processo**, ainda quando não seja questão prejudicial da solução do caso concreto: precedentes. III. Crime de responsabilidade: definição que, segundo a orientação dominante na jurisprudência do STF, é de competência privativa da União, o que é indiscutível quando se cuide dos tipos previstos no art. 1º do DL 201/67, que constituem infração penal comum.<sup>52</sup> (grifo nosso).

<sup>50</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 85217/SP. Parte(s) Recte.(s): Marcos Roberto dos Santos Abreu ou Marcos Roberto Santos De Abreu; Adv.(a/s): PGE-SP - Patrícia Helena Massa Arzabe (Assistência Judiciária); Recdo.(a/s): Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Min. Eros Grau. Julgamento: 02/08/2005. Publicação: DJ 19-08-2005 PP-00047 EMENT VOL-02201-3 PP-00439 LEXSTF v. 27, n. 321, 2005, p. 431-435 RB v. 17, n. 503, 2005, p. 32-33 RTJ VOL-00194-03 PP-00960.

<sup>51</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. p. 29.

<sup>52</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 1915/RS. Parte(s) Autor(a/s)(es): Ministério Público Federal; Indic.(a/s): Tarso Fernando Herz Genro. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 05/08/2004. Publicação: DJ 28-10-2004 PP-00037 EMENT VOL-02170-01 PP-00078 RTJ VOL-00193-02 PP-00497.

Dessa forma, o princípio da reserva legal corrobora com a limitação do poder punitivo, impedindo o acesso do Poder Executivo à criação de tipos penais e forçando o legislador ordinário a ser preciso em suas formulações.

No entanto, deve-se aqui oferecer uma crítica, ou uma denúncia, nas palavras de FERRAJOLI: “tem-se produzido uma ampliação indeterminada do campo do designável como bens tutelados, mediante a utilização de termos vagos, imprecisos ou, o que é pior, valorativos, que derrogam a estrita legalidade dos tipos penais e oferecem um amplo espaço à discricionariedade e à ‘criação’ judicial”<sup>53</sup>.

### 3.2.3.2 Princípio da culpabilidade

Previsto pelo artigo 5º, inciso XLV, da CF, encontramos que o princípio da culpabilidade proíbe que a sanção penal ultrapasse a pessoa que praticou o fato típico, bem como adverte que a pena deve ser aplicada na medida da reprovabilidade da conduta do agente, ou seja, deve ser avaliada a responsabilidade penal subjetiva, atuação dolosa ou culposa, para ser reprovada, conforme a redação constitucional:

Art. 5º ...

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

Nilo BATISTA conceitua o princípio da culpabilidade afirmando que “... deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada causalmente a um resultado, lhe seja reprovável.”<sup>54</sup> Esse também é o entendimento do Tribunal Constitucional:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO POR CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ALEGADA NULIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA. **Impossibilidade de considerar-se como maus antecedentes a existência de processos criminais pendentes de julgamento, com o conseqüente aumento da pena-base.** Recurso parcialmente provido para, mantida a condenação, determinar que nova decisão seja proferida, com a observância dos parâmetros legais.<sup>55</sup> (grifo nosso).

<sup>53</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. p. 380.

<sup>54</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. p. 103.

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 83493/PR. Parte(s) Recte.(s): Amorim Pedrosa Moleirinho; Advdo.(a/s): Siamer Keme De Melo Tolentino e Outro(a/s);

Dessa forma, esse princípio também atua como limite ao poder de punir estatal, uma vez que deve avaliar a concreta conduta do réu, e somente ela, justificando a pena que lhe será imposta.

### 3.2.3.3 Princípio da intervenção mínima

Encontra-se aqui mais um princípio “... orientador e limitador do poder criativo do crime.”, o princípio da necessidade ou da intervenção mínima “... preconizando que só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta.”<sup>56</sup>

Apesar de não ser encontrado na forma explícita no texto magno, o princípio em comento pode facilmente ser extraído da conjugação dos textos dos artigos 5º, *caput*, e 1º, inciso III, da Norma Fundamental:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Cabe aqui ressaltar que apesar da publicidade e reconhecimento desse princípio, verifica-se no mundo legislativo hoje uma real hipertrofia do direito penal, que acabou resultando na banalização das sanções penais. Esse é um fenômeno globalizado, que afeta consideravelmente a tentativa de formulação de um conceito de bem jurídico.

Admitindo o princípio, julgado do Supremo Tribunal Federal:

---

Recdo.(a/s): Ministério Público Federal. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Relator(a) p/ Acórdão: Min. Carlos Britto. Julgamento: 04/11/2003. Publicação: DJ 13-02-2004 PP-00014 EMENT VOL-02139-02 PP-00295.

<sup>56</sup> LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 39.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOUTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - **O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal** - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR".(...) <sup>57</sup> (grifo nosso).

No entanto, quem trabalha diretamente com o Direito Penal, sabe que dificilmente uma causa como essa chegaria ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, haja vista que esse tipo de delito é praticado, rotineiramente, por pessoas que sobrevivem com o mínimo material, são pobres – no sentido estrito da palavra – e que, portanto, não têm condições de arcar com as custas processuais, ocorrendo dessa forma o esquecimento desse pressuposto constitucional.

#### 3.2.3.4 Princípio da fragmentariedade

O postulado prescreve que a proteção do bem jurídico muitas vezes pode ser fragmentada, penalizando-se um aspecto da violação do bem jurídico, “O bem jurídico é defendido penalmente só perante certas formas de agressão ou ataque, consideradas socialmente intoleráveis.”<sup>58</sup>, ou seja, existem várias formas de violação de determinado bem jurídico, contudo, aquela que se considera mais grave é que vai

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Hábeas Corpus nº 84412/SP. Parte(s) Pacte.(s): Bill Cleiton Cristovão ou Bil Cleiton; Cristóvão ou Bil Cleiton Christoff ou Biu Cleyton; Cristovão ou Bill Cleiton Cristoff ou Bil Cleyton; Cristovão; Impte.(s): Luiz Manoel Gomes Junior; Coator(a/s)(es): Superior Tribunal De Justiça. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 19/10/2004. Publicação: DJ 19-11-2004 PP-00037 EMENT VOL-02173-02 PP-00229 RT v. 94, n. 834, 2005, p. 477-481 RTJ VOL-00192-03 PP-00963.

<sup>58</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. p. 69.

ser protegida pela ordem criminal. Como, por exemplo, o bem patrimônio, quando ele é afetado na forma de subtração violenta, ou seja, roubo, o Direito Penal o protege, agora quando é violado de uma forma culposa, não há que se falar em tutela penal. Do contrário, o bem jurídico vida é protegido sempre, de todas as formas de lesão.

### 3.2.3.5 Princípio da lesividade

Concebe esse princípio que somente podem ser punidas condutas que impliquem a violação do bem jurídico alheio, em outras palavras, somente tem relevância jurídica a conduta do autor do ilícito, quando está relacionada com o bem jurídico de outro sujeito. Ensina Nilo BATISTA que “À conduta puramente interna, ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente – falta a *lesividade* que pode legitimar a intervenção penal.”<sup>59</sup> Assim também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

**... O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.<sup>60</sup> (grifo nosso).**

Portanto aqui se instaura a discussão a respeito dos crimes de perigo abstrato, se devem ou não ser tutelados. Segundo professor Juarez Cirino dos SANTOS, “Nos crimes de *perigo abstrato*, a presunção de perigo da ação para o objeto de proteção é suficiente para sua penalização, independente da produção

<sup>59</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. p. 91.

<sup>60</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84412/SP. Parte(s) Pacte(s): Bill Cleiton Cristovão ou Bil Cleiton; Cristóvão ou Bil Cleiton Christoff ou Biu Cleyton; Cristovão ou Bill Cleiton Cristoff ou Bil Cleyton; Cristovão; Impte.(s): Luiz Manoel Gomes Junior; Coator(a/s)(es): Superior Tribunal De Justiça. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 19/10/2004. Publicação: DJ 19-11-2004 PP-00037 EMENT VOL-02173-02 PP-00229 RT v. 94, n. 834, 2005, p. 477-481 RTJ VOL-00192-03 PP-00963.

real de perigo para o bem jurídico protegido, como o abandono de incapaz (art. 133), a difusão de doença ou praga (art. 259) etc.”<sup>61</sup>

A resposta a tal questionamento pode facilmente ser concluída das funções do referido princípio: primeira função, de proibir a criminalização de atitudes internas, pensamentos, desejos, aspirações, ainda que estejam orientados à prática de um crime; segunda função, de proibir condutas que não ultrapassem o próprio autor, nos termos dos artigos 14, inciso II<sup>62</sup>, c/c 17<sup>63</sup> e 31<sup>64</sup>, todos do Código Penal; terceira função, proibição de criminalizar estados e condições existenciais, refutando-se um Direito Penal do autor; quarta função, proibição de incriminar condutas desviadas ainda que não firam bens jurídicos<sup>65</sup>.

FERRAJOLI, numa análise do sistema jurídico italiano, denuncia:

Encontramos (...) uma proliferação quantitativa dos interesses tutelados, já que, por um lado, assumem-se funções autoritárias mediante o incremento dos delitos sem dano – é o caso de ofensas a entidades abstratas, como a personalidade do Estado ou a moralidade pública – e, por outro, aumentam-se incontroladamente os delitos contravencionais e, inclusive, de bagatela, freqüentemente representados por meras desobediências<sup>66</sup>.

Verifica-se, portanto, que o princípio da lesividade refuta a incriminação dos delitos de perigo abstrato, ainda que não se verifique sua aplicação prática. Na ilustração da jurisprudência:

**... 3. Cingindo-se o CTB, art. 309, a incriminar a direção sem habilitação, quando gerar "perigo de dano", ficou derogado, portanto, no âmbito normativo da lei nova - o trânsito nas vias terrestres - o art. 32 LCP, que tipificava a conduta como contravenção penal de perigo abstrato ou presumido. 4. A solução que restringe à órbita da infração administrativa a direção de veículo automotor sem habilitação, quando inexistente o perigo concreto de dano - já evidente pelas razões puramente dogmáticas anteriormente expostas -, é a que melhor corresponde ao histórico do processo legislativo do novo Código de Trânsito, assim como às inspirações da melhor doutrina penal contemporânea, decididamente avessa às infrações penais de perigo presumido ou abstrato. II. Recurso extraordinário prejudicado: habeas-corpus de**

<sup>61</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. 4ª ed. Rio de Janeiro: ICPC Lumen Juris, 2005. p. 40.

<sup>62</sup> Art. 14. Diz-se o crime:

I – omissis;

II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

<sup>63</sup> Art. 17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

<sup>64</sup> Art. 31. O ajuste, a determinação ou a instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

<sup>65</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. p. 92/94.

<sup>66</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. p. 380.

ofício. 5. Prejudicado o RE do Ministério Público, dado o provimento do recurso especial com o mesmo objeto, é de deferir-se habeas-corpus de ofício, se a decisão do STJ - no sentido da subsistência integral ao CTB do art. 32 LCP, é ilegal, conforme precedente unânime do plenário do Supremo Tribunal.<sup>67</sup>

Dessa forma, a jurisprudência tem refutado aplicar sanção aos delitos de perigo abstrato.

### 3.2.3.6 Princípio da humanidade

Pelo princípio da humanidade entende-se a proibição de aplicação de penas cruéis, ou penas que desconsiderem o ser humano como tal. Encontra-se positivado nos artigos 5º, incisos III e XLVII, da CF e 5º, § 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, respectivamente:

Art. 5º. ...

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

(...)

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis.

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

(...)

2. Ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

A consequência desse princípio na teoria do bem jurídico é de deslegitimar a teoria social-sistêmica, ou funcionalista, uma vez que essa concepção considera o homem como elemento inserido na estrutura social, esquecendo-se de sua individualidade, e o crime como uma disfunção, cuja punição deva garantir a manutenção do sistema social, autorizando nesse sentido, qualquer ordem de punição. Outra consequência é a aceitação do

<sup>67</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 319556/MG. Parte(s) Recte.: Ministério Público Estadual; Recdo.: Marcos Matias Rosa. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 12/03/2002. Publicação: DJ 12-04-2002 PP-00067 EMENT VOL-02064-07 PP-01251 RTJ VOL-00181-02 PP-00811.

fato de que nem todos conhecem a lei, fazendo-se, com base nesse princípio, necessário dissipar esse conhecimento<sup>68</sup>.

Conforme demonstrado, devem ser observados tais preceitos-fundamentais-constitucionais-penais para a existência de um Direito Penal humano e democrático, bem como para atingir um Estado de Direito Democrático.

### 3.3 CONCLUSÃO CRÍTICA DA DOUTRINA

Muitos autores tecem críticas a respeito das teorias estudadas, mas não se pode deixar de observar que o bem jurídico é ainda um conceito válido e necessário como “*referente material* do conceito de crime” e como “**objeto** de proteção do Direito Penal”<sup>69</sup>.

Apesar das diferentes correntes, podemos encontrar críticas amplas, haja vista que esta tarefa de conceber um conceito para bem jurídico é árdua e ainda não chegou ao fim.

Como bem observa ROXIN, “... o conceito de bem jurídico não é uma varinha mágica através da qual se pode separar desde logo, por meio da subsunção e dedução, a conduta punível daquela que deve ficar impune.”<sup>70</sup>, ou, numa visão pessimista FERRAJOLI, que admite “... não se pode alcançar uma definição exclusiva e exaustiva da noção de bem jurídico.”<sup>71</sup>, verifica-se a preocupação dos autores.

FERRAJOLI identifica dois fatores problemáticos na concepção do bem jurídico: o primeiro o tratamento promíscuo de questões como o fundamento moral e político das proibições penais, qual seja o bem jurídico; a afirmação do princípio da lesividade ao bem jurídico; quais bens são tutelados pela norma penal; e quais bens são atacados em detrimento da defesa de outros bens pelas leis penais; e o segundo “... a idéia de que uma resposta à questão axiológica sobre ‘o que proibir’ tenha de fornecer um critério positivo de identificação de bens jurídicos que

<sup>68</sup> PELEARIN, Evandro. **Bem Jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização**. p. 126.

<sup>69</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal Parte Geral**. Curitiba: ICPC Lúmen Júris, 2006. p. 14-15.

<sup>70</sup> ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de direito penal**. p. 61.

<sup>71</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. p. 377.



requerem tutela penal e, portanto, um parâmetro ontológico de legitimação apriorística das proibições e das sanções penais.”<sup>72</sup>

BARATTA também faz observações críticas às teorias reducionistas, encontrando três dificuldades: a primeira de ordem histórica, constatando que o conceito de bem jurídico tem sido usado num sentido extensivo e não restritivo, veja-se o alargamento da tutela penal aos bens difusos – interesses do consumidor, tutela do meio-ambiente – defendido pelas correntes progressistas, e que chega por vezes a antecipar a punibilidade, afirmando “É muito improvável que se produza uma inversão da tendência dos sistemas punitivos através de redefinições do conceito de bem jurídico.”<sup>73</sup> A segunda, de caráter normativo, efetivamente dirigida às teorias constitucionais, afirma que a Constituição não reconhece bens jurídicos que por sua própria natureza imponham sua proteção penal ou do contrário, reconheçam quais condutas possam pô-los em perigo; e por fim, a terceira dificuldade, de natureza epistemológica, afirma o autor que uma visão crítica sobre os bens jurídicos “... deve posicionar-se externamente ao sistema penal e à lógica da sua legitimação instrumental.”<sup>74</sup>

Apesar de todas essas dificuldades e críticas aqui numeradas resta reconhecer que é inevitável essa indefinição, mas que isso não pode colocar em “... risco a garantia político-criminal de seu reconhecimento.”<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 376/377.

<sup>73</sup> BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. p. 17.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 16/17.

<sup>75</sup> BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático.** p.64.

## 4 AS FUNÇÕES DO BEM JURÍDICO

As funções do bem jurídico são as atividades que o mesmo desempenha dentro do quadro penalístico, são as relações axiológicas que o mesmo tem com o sistema penal<sup>76</sup>. Aqui se enumeram, no entanto, as mais importantes.

### 4.1 GARANTIA

É a principal função do conceito de bem jurídico, o que ao menos se busca na construção do conceito de limite ao poder ordinário de legislar, como garantia do cidadão, forçando o legislador a tipificar somente condutas graves que sejam capazes de lesionar autênticos bens jurídicos.

Também pode operar após a tipificação promovendo a descriminalização de certas condutas, ou seja, retirar da competência penal o poder de julgar tais comportamentos que não são bens jurídicos propriamente ditos. Deve ser aqui rechaçada a criminalização de meros atos de desobediência, dos crimes de perigo, de condutas morais individuais, haja vista que não se presta o Direito Penal à moralização da sociedade, devendo ser observado como último instrumento do Direito a entrar em ação.

No entanto, verificamos que o fenômeno da descriminalização tem se transformado em despenalização, usufruindo de instrumentos que anulam a persecução penal de certas condutas, tal como a transação penal e a suspensão condicional do processo, previstos na Lei 9.099/95, dos Juizados Especiais. Dessa forma, são reconhecidas pela jurisprudência:

... A Lei n. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, subordinou a perseguibilidade estatal dos delitos de lesões corporais leves (e dos crimes de lesões culposas, também) ao oferecimento de representação pelo ofendido ou por seu representante legal (art. 88), condicionando, desse modo, a iniciativa oficial do Ministério Público a delação postulatória da vítima, mesmo naqueles procedimentos penais instaurados em momento anterior ao da vigência do diploma legislativo em questão (art. 91). - A lei nova, que transforma a ação pública incondicionada em ação penal condicionada a representação do ofendido, gera situação de inquestionável benefício em favor do réu, pois impede, quando ausente a delação postulatória da vítima, tanto a instauração da persecutio criminis in iudicio quanto o prosseguimento da ação penal anteriormente ajuizada. Doutrina. LEI N. 9.099/95 - CONSAGRAÇÃO DE MEDIDAS DESPENALIZADORAS - NORMAS

<sup>76</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. p. 57/59.

BENEFICAS - RETROATIVIDADE VIRTUAL. - Os processos técnicos de despenalização abrangem, no plano do direito positivo, tanto as medidas que permitem afastar a própria incidência da sanção penal quanto aquelas que, inspiradas no postulado da mínima intervenção penal, tem por objetivo evitar que a pena seja aplicada, como ocorre na hipótese de conversão da ação pública incondicionada em ação penal dependente de representação do ofendido (Lei n. 9.099/95, arts. 88 e 91). - A Lei n. 9.099/95, que constitui o estatuto disciplinador dos Juizados Especiais, mais do que a regulamentação normativa desses órgãos judiciais de primeira instância, importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça criminal, que privilegie a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controversias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal. Esse novíssimo estatuto normativo, ao conferir expressão formal e positiva as premissas ideológicas que dão suporte as medidas despenalizadoras previstas na Lei n. 9.099/95, atribui, de modo consequente, especial primazia aos institutos (a) da composição civil (art. 74, parágrafo único), **(b) da transação penal (art. 76)**, (c) da representação nos delitos de lesões culposas ou dolosas de natureza leve (arts. 88 e 91) e **(d) da suspensão condicional do processo (art. 89)**. As prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto a sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe a *lex mitior* uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata. PROCEDIMENTOS PENAS ORIGINARIOS (INQUERITOS E AÇÕES PENAS) INSTAURADOS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES E DE LESÕES CULPOSAS - APLICABILIDADE DA LEI N. 9.099/95 (ARTS. 88 E 91). - A exigência legal de representação do ofendido nas hipóteses de crimes de lesões corporais leves e de lesões culposas reveste-se de caráter penalmente benéfico e torna consequentemente extensíveis aos procedimentos penais originarios instaurados perante o Supremo Tribunal Federal os preceitos inscritos nos arts. 88 e 91 da Lei n. 9.099/95. O âmbito de incidência das normas legais em referência - que consagram inequívoco programa estatal de despenalização, compatível com os fundamentos ético-jurídicos que informam os postulados do Direito penal mínimo, subjacentes a Lei n. 9.099/95 - ultrapassa os limites formais e orgânicos dos Juizados Especiais Criminais, projetando-se sobre procedimentos penais instaurados perante outros órgãos judiciais ou tribunais, eis que a ausência de representação do ofendido qualifica-se como causa extintiva da punibilidade, com consequente reflexo sobre a pretensão punitiva do Estado.<sup>77</sup> (grifo nosso).

O fenômeno da substituição da descriminalização pela despenalização foi desencadeado pela própria lei 9.099/95, que voltou a dar importância a condutas que estavam em vias de serem destituídas da proteção penal. Assim, deve-se ponderar que se tais condutas não merecem sofrer a sanção penal, não podem ser consideradas crime, de forma que a melhor solução era descriminalizar tais ações.

<sup>77</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão De Ordem No Inquérito nº 1055/AM. Parte(s) Autor: Ministério Público Federal; Indiciado: Luiz Fernando Nicolau. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 24/04/1996. Publicação: DJ 24-05-1996 PP-17412 EMENT VOL-01829-01 PP-00028 RTJ VOL-0162- PP-00483.

## 4.2 INDIVIDUALIZAÇÃO

Luiz Regis PRADO fala também dessa outra função do bem jurídico, que revela importância no momento da concreta fixação da pena do indivíduo delinqüente, admitindo como critério a importância do bem jurídico dentro do ordenamento penal e a gravidade da lesão sofrida<sup>78</sup>.

Ou seja, ela determina a quantidade de pena ao delinqüente que lesionar determinado bem jurídico com base no valor hierárquico que esse bem ocupa dentro do sistema penal. É um binômio ‘grau de importância’ = ‘quantidade de pena’.

## 4.3 SISTEMÁTICA

A função sistemática é que determina a classificação das normas penais de acordo com a importância do bem jurídico por ela tutelado, ou seja, determina a hierarquia dos tipos penais e seu agrupamento de acordo com o bem jurídico que tutelam. Dessa forma tem influência principalmente na parte especial do Código Penal.

## 4.4 INTERPRETAÇÃO

Ou também chamada pelo professor BARATTA de intra-sistemática, nada mais é do que a “... interpretação teleológica das normas penais...”<sup>79</sup>. O bem jurídico, como elemento central do tipo, carece de ser usado como elemento exegético, uma vez que ao seu redor giram os elementos objetivos e subjetivos da norma penal incriminadora<sup>80</sup>.

## 4.5 DOGMÁTICA

Citada por Paulo C. BUSATO e Sandro M. HUAPAYA, “A função *dogmática* aparece porque a transgressão da norma se explica como lesão ou colocação em

---

<sup>78</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. p. 61.

<sup>79</sup> BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. p. 5.

perigo de bens jurídicos tutelados pela lei.”<sup>80</sup> Essa função produzirá efeitos na avaliação dos bens jurídicos conflitados nas causas de justificação – estado de necessidade e legítima defesa – e na questão do consentimento do ofendido.

Nas causas de justificação sempre se verificam conflitos de bens jurídicos de forma que eles se contrapõem valorativamente, como por exemplo, na legítima defesa, a vida de um indivíduo ameaçado e a integridade física do indivíduo agressor, ou no caso do estado de necessidade, o furto famélico, contrapõem-se o bem jurídico patrimônio e a dignidade humana, entendida como a necessidade de alimentação.

Quanto à questão do consentimento do ofendido, temos que avaliar se o ordenamento adota uma posição monista coletiva ou social, qual seja, de considerar os bens jurídicos como individuais, mas cuja causa de justificação seja a estrutura coletiva, momento no qual estaria “limitada qualquer disposição de bens jurídicos”; por exemplo, se a integridade física de todos os indivíduos daquela comunidade fosse considerada interesse social, haveria proibição de colocação de piercings, brincos ou tatuagens<sup>82</sup>.

Ou seja, esses institutos penais constantemente se deparam com bens jurídicos conflitantes, podendo a adoção de determinada teoria do bem jurídico resolver tais conflitos.

---

<sup>80</sup> PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.* p. 60/61.

<sup>81</sup> BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. p.72.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p.72/73.

## 5 CONCLUSÃO

Pois bem, visto a evolução histórica do conceito de bem jurídico durante a qual se fundiram várias propostas diferenciadas, chegamos à etapa do iluminismo que inaugurou uma nova forma de pensar o Direito Penal, concebendo as teorias sociais e constitucionais.

De início verifica-se que as teorias sociais são inaplicáveis ao contexto social de hoje, inclusive por conta da globalização, haja vista a transcendência das informações.

Aos poucos as sociedades mais capitalizadas vêm perdendo sua individualidade e instala-se uma padronização social, ampliando o universo do legislador, que teria de medir na sociedade quais bens jurídicos são por ela considerados importantes para receberem a tutela penal.

Veja-se como exemplo da padronização a criação das Cortes Internacionais refletindo a unidade de direito agora necessária para regulamentar essa convivência trans-nacional, e muitas vezes elas são estabelecidas pelos países mais “poderosos”.

Por conta disso, torna-se impossível ao legislador, mais dificultoso ainda quando se trata de uma economia subdesenvolvida – na qual a população carece de educação – eleger bens jurídicos que essa sociedade considera importante, de forma que a teoria social autoriza, por vezes, o discurso do poder.

Foi necessário, portanto, encontrar um instrumento eficaz e legítimo para a extração desses bens que merecem a tutela penal. Porquanto se buscar concretizar um Estado de Direito Democrático, necessário é um instrumento normativo como parâmetro limite ao legislador ordinário, cujo papel melhor representa a Constituição.

A Constituição deve ser vista como lei maior, ela deve ser sim capaz de mudar a realidade que hoje encontramos em alguns tribunais, de negação aos seus princípios. Como bem argumenta Lenio STRECK, a constituição deve ser vista como **“fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades**

***e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais*** [grifo do autor].”<sup>83</sup>

A Constituição é a expressão de um Estado Social, capaz de atender as necessidades de seus assistidos, ela é capaz de garantir a salvaguarda dos direitos de todos, devendo, portanto, constituir baliza e barreira para a freqüente e excessiva penalização.

Essa barreira deve ser feita com a utilização da Constituição de uma forma ampla, observando seus princípios e regras gerais, para que também não ocorra o engessamento do sistema penal, do que nos filiamos à teoria constitucional ampla como critério de extração de bens jurídicos.

Adentrando além do tema, ainda que não fosse a proposta do presente trabalho, mas por se tratar de discussões atuais, resta analisar a crise do Direito Penal, que tem se mostrado ineficaz para combater essa grande demanda de “novos crimes”, chegando-se a falar até na sua extinção e com ela, a extinção também do conceito de bem jurídico.

Ocorre que a sociedade de hoje vive sob o discurso do medo, ela é a “sociedade de risco”, porque no passado os bens jurídicos eram individuais e hoje encontramos bens coletivos, supra individuais, com os quais os elementos clássicos do Direito Penal não conseguem se adaptar.

Nessa sociedade do risco, o inimigo é invisível, o delinqüente é indeterminável, e o delito é auto reflexivo, pois enquanto o delinqüente lesiona um bem supra individual, também está se autolesionando. Quando se fala, por exemplo, em crime contra o meio ambiente, v.g. a poluição do ar pelas grandes indústrias, essa poluição vai influenciar no regime de chuvas, nas temperaturas, vai aumentar o buraco na camada de ozônio, e os reflexos dessas alterações são sentidas por todo o globo, inclusive pelo sujeito do crime.

Esses novos bens jurídicos coletivos estão devidamente previstos no texto constitucional, mas a dificuldade de superar esses desafios é o que tem colocado em xeque o conceito. Falasse, portanto na morte do bem jurídico, na criação de um novo Direito Penal, mas a solução, a nosso ver, é mais simples.

---

<sup>83</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 283.

Basta a atuação eficaz do poder executivo de forma preventiva para garantir esses novos bens jurídicos. Uma vez que esses bens são protegidos pelo texto constitucional, ninguém pode lesioná-los, mas o poder executivo não faz o seu papel de forma a agir preventivamente impedindo esses abusos, nem o poder legislativo, elaborando leis inteligíveis e válidas sob o crivo constitucional.

O poder executivo, através de seus órgãos fiscalizadores, como Receita Federal, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente, Delegacia do Trabalho, poderia obter um resultado de proteção aos bens jurídicos mais eficaz se agisse preventivamente, fiscalizando a atuação das indústrias, fábricas e empresas, aplicando-lhes infrações administrativas, de multa ou até de encerramento das atividades, caso não observassem a regra de preservação desses novos bens.

Assim, poderia o IBAMA fiscalizar a emissão de poluentes pelas indústrias petrolíferas, por exemplo, verificando a regularidade dos equipamentos dessas indústrias, a fim de evitar um acidente ecológico. Em se encontrando irregularidades, aplicar uma infração administrativa de multa e exigência de manutenção daquele equipamento.

Da mesma forma poderia a Receita Federal fiscalizar as atividades financeiras das empresas com maior freqüência, a fim de evitar a sonegação de impostos, aplicando-lhes uma multa, como já é feito, caso encontrem-se irregulares.

No entanto, no Brasil, essas soluções são inviáveis, pois a herança burocrática portuguesa gera um grande atraso na imposição dessas infrações administrativas, que muitas vezes demoram anos para serem efetivas, sem contar com a falta de estrutura e mão-de-obra para essa fiscalização. Ademais, para os crimes de sonegação fiscal, tendo em vista que a carga tributária no Brasil é excessiva, se houvesse uma eficiente fiscalização e mantendo esses parâmetros tributários, a criação e manutenção de empresas – tais como a micro e pequena empresas – seria inviável.

De forma que o executivo, deixando de exercer seu papel de atender às necessidades públicas, e o legislativo, cada vez menos qualificado, elaborando leis abertas, deixam a cargo do judiciário a tarefa de concretizar um Estado Social de Direito Democrático. *“Inércias do executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser suprimidas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos*



*mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.*”<sup>84</sup>

O legislativo, portanto, atuando de maneira excessiva, mas ineficaz, produz uma hipertrofia do Direito Penal, na tentativa de atender esse clamor da sociedade de risco e atribuindo ao Direito Penal essa tarefa de tutelar entes abstratos e condutas de risco, perdendo-se aí a idéia de bem jurídico.

Portanto, militamos pela manutenção do conceito de bem jurídico, em defesa dos princípios constitucionais-penais capazes de garantir a convivência em sociedade, pela descriminalização de condutas insignificantes ao Direito Penal, mais eficazmente protegidas pelo Direito Administrativo e Direito Civil, bem como pela efetividade de um Estado Social de Direito Democrático.

---

<sup>84</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. p. 54.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Trad. Ana Lúcia Sabadell. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, RT, nº 5, p. 5-24, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Vol. 1. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto da Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – Lição de Filosofia do Direito**. Trad. e notas Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte Geral – Introdução – Norma Penal – Fato Punível**. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSATO, Paulo Cesar. HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARRARA, Francesco. **Programa de Direito Criminal – Parte Geral**. Vol. I. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J.R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. COSTA, Paulo José Jr. **Direito Penal na Constituição**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Português Parte Geral – II As consequências jurídicas do crime**. \_\_\_\_\_: Coimbra, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Trad. Ana Paula Zomer, *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIANDACA, Giovani. O bem Jurídico como problema teórico e como critério de política criminal. Trad. Heloisa Estellita Salomão. **Revista dos Tribunais**, vol. 776, ano 89, p. 409-439, 2000.

JACOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. Colab. Lucia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4ª ed. Granada: Comares, 1993.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Conselho Editorial, 2006.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal – Parte General – Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible**. Vol 1. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Atual. Heinz Zipf. 7ª ed. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994.

PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal – Um estudo comparado**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

PELEARIN, Evandro. **Bem Jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização**. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Ana Isabel Figueiredo e Maria Fernanda Palma. 3. ed. Lisboa: Vega Universidade, 1998.

RUDOLPHI, H.J. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. **Nuevo Pensamiento Penal Revista de Derecho y Ciencias Penales**. Trad. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires, ano 4, n.º 5 a 8, p.329-347, 1975.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. 4ª ed. Rio de Janeiro: ICPC Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial**. Rio de Janeiro: ICPC Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal Parte Geral**. Curitiba: ICPC Lumen Júris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman: Parte Geral**. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 11<sup>a</sup> ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.